

Publicato il 07/12/2023

N. 01839/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00558/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 558 del 2023, proposto da Tirrenica Mobilità s.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Bottone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lazise, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Maccarrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Azienda Gardesana Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessio Righetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 24 del 16 marzo 2023 adottata dal Consiglio comunale del Comune di Lazise ed avente ad oggetto: “*Affidamento in house providing ad Azienda Gardesana servizi s.p.a. del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento*”

ubicate nel territorio di Lazise”, pubblicata sull’Albo pretorio dal 29 marzo 2023 al 13 aprile 2023, e dei relativi allegati, in particolare della relazione di congruità dell’affidamento, a firma del Comandante del Corpo di Polizia Locale del Comune di Lazise, prot. n. 8018 del 14 marzo 2023;

- e della deliberazione n. 82 del 30 marzo 2023 adottata dalla Giunta Comunale del Comune di Lazise ed avente ad oggetto: “*Concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento ubicate nel Comune di Lazise. Aggiudicazione in via d’urgenza alla società in house AGS s.p.a.*”, pubblicata sull’Albo pretorio dal 31 marzo 2023 al 15 aprile 2023;

- e di ogni altro atto e/o provvedimento comunque connesso, presupposto e/o conseguente in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché per quanto occorrer possa:

- della deliberazione n. 36 del 16 febbraio 2023 adottata dalla Giunta Comunale del Comune di Lazise ed avente ad oggetto: “*Atto di indirizzo per l’affidamento mediante concessione del Servizio di Gestione delle aree di sosta a pagamento ubicate nel Comune di Lazise. Valore stimato della Concessione € 7.800.000,00 IVA inclusa. Durata della concessione: Anni 5*”;

oltre che per la declaratoria di inefficacia, *ex artt. 121 e 122 cod. proc. amm.*;

- del contratto di servizio medio tempore eventualmente sottoscritto dal Comune di Lazise con l’Azienda Gardesana Servizi s.p.a. per la concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento nel territorio del Comune di Lazise.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lazise e di Azienda Gardesana Servizi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2023 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. La società Tirrenica Mobilità Società Cooperativa (in seguito Tirrenica), concessionaria del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento nel territorio del Comune di Lazise sino a marzo 2023, in prossimità della scadenza del contratto, su richiesta del Comune presentava un preventivo di spesa per la gestione del servizio in appalto per il tempo necessario a procedere al nuovo affidamento e altresì, di propria iniziativa, una proposta per la gestione dello stesso attraverso *project financing*.

1.1. Il Comune di Lazise (in seguito, il Comune) non dava seguito a tali proposte e, con deliberazione di Giunta comunale n. 36 del 16 febbraio 2023, stabiliva di valutare preliminarmente ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 *“la possibilità di un affidamento in house della concessione predetta, effettuando una preventiva valutazione sulla congruità economica di eventuali offerte dei soggetti in house cui il Comune di Lazise è parte valutandone gli eventuali benefici per la collettività ed avendo riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, efficienza ed economicità e qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, anche avvalendosi delle linee guida Anac redatte sul tema dell'affidamento in house”*.

1.2. A seguito di tale delibera, Azienda Gardesana Servizi s.p.a. (in seguito, Azienda Gardesana), società *multiutility* interamente partecipata da venti Comuni dell'area del Lago di Garda tra cui il Comune di Lazise, con una quota del 5%, e iscritta con determinazione ANAC del 21 ottobre 2021 nell' *“Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house”*, presentava al Comune una proposta di affidamento del servizio *in house providing*, in data 6 marzo 2023, modificandola in data 13 marzo 2023.

1.3. Tale proposta di affidamento diretto *in house* veniva valutata dal Comandante della polizia municipale vantaggiosa, congruente e comunque preferibile rispetto al ricorso al mercato nell'ambito della *“Relazione illustrativa*

delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta secondo quanto già previsto al disposto dell'art. 34, commi 20 e 21, del d.l. 18 ottobre 2012 n.179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, dell'art. 192, comma II, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lgs. 201 del 23 dicembre 2022”.

Nella relazione in particolare veniva evidenziato, in merito alla convenienza dell'affidamento *in house* della concessione, che la proposta presentata da AGS, sebbene preveda un canone di gestione (il 32,50% “*dell'importo incassato*”) superiore a quello riconosciuto al precedente concessionario (il 27,33% “*dell'importo incassato*”), sarebbe comunque migliorativa rispetto alla concessione sottoscritta con Tirrenica in considerazione di diversi profili:

- in primo luogo, della necessità di aggiornare i costi del servizio a causa dell'aumento dei prezzi in conseguenza “*della pandemia e delle congiunture geopolitiche mondiali*”;
- in secondo luogo, dell'offerta di “*ulteriori attività, in precedenza a carico dell'Amministrazione comunale, consistenti nella gestione del rilascio di permessi/ abbonamenti della sosta e nell'attività di controllo e rilievo illeciti alla sosta*”;
- inoltre, della proposta di “*sostituzione integrale dell'impianto di gestione del parcheggio Marra comprensivo di sbarre di accesso e casse, oltre che l'integrale sostituzione dei parcometri esistenti con modelli di ultima generazione*”;
- ancora, del profilo del personale dedicato, prevedendo la proposta “*l'utilizzo di 6 unità complessive dedicate, a fronte delle 4 di cui alla precedente gestione e con una maggiore copertura oraria pro die, per l'intero anno solare*”;
- infine, della prevista “*progettazione dell'area c.d. ex bocciofila*”, di una “*nuova struttura di ricovero biciclette (Bike box)*” e “*di 4 colonne di ricarica veloce per veicoli elettrici*”.

La proposta di AGS risulterebbe quindi maggiormente conveniente rispetto alle condizioni previste dalla concessione precedente in quanto “*La differenza tra quota annua spettante ad AGS e le spese sostenute mediamente in un anno,*

comprehensive anche del monte ore dedicato dal personale dipendente del Comune di Lazise è sostanzialmente equivalente”.

Escluso l'anno 2020 in ragione della pandemia, l'importo medio annuo versato a Tirrenica (Euro 460.194,75), sommato al costo del personale dedicato alla gestione amministrativa per il funzionamento delle aree di sosta (Euro 85.800,00), sarebbe sostanzialmente analogo a quello che il Comune dovrebbe versare ad AGS: l'Amministrazione potrebbe comunque beneficiare di *“un pacchetto completo, che include anche la vigilanza esclusiva della sosta da parte di personale esterno, aggiuntivo al personale della Polizia Locale ed al rilascio dei permessi/abbonamenti”*. Particolarmente significativo sarebbe il previsto personale aggiuntivo che rappresenterebbe un ulteriore presidio a tutela degli utenti e garantirebbe maggiori introiti all'Amministrazione a titolo di sanzioni. La relazione evidenzia altresì che *“l'esperienza di comuni limitrofi che hanno attivato il servizio della gestione della sosta in concessione con la medesima partecipata è decisamente positiva: riferiscono di un incremento dell'ordine e della sicurezza sul territorio. Si ravvisa, infatti, una forte economia nella gestione del servizio in quanto la partecipazione in AGS rappresenta un importante confronto ‘permanente’ di tipo tecnico ed operativo su una piattaforma di area vasta rappresentata da 55 Comuni Gardesani. L'esperienza maturata da AGS nella conduzione di diversi servizi pubblici, tra i quali lo storico Ciclo Idrico Integrato, ha rafforzato un ambito naturalmente ‘Unico ed unito’ che accoglie circa 230.000 abitanti residenti. La struttura tecnica ed operativa in organico permanente all'azienda permette al Comune flessibilità e un accesso immediato a consulenze e progettualità sempre innovative ed efficienti in supporto ad interventi di riqualificazione ed efficientamento”* (relazione, pag. 24).

1.4. Sulla base di tale relazione, il Consiglio comunale, con deliberazione n. 24 del 16 marzo 2023, affidava *in house providing* ad AGS il servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento rilevando quanto ai benefici per la collettività della soluzione prescelta:

a) che il Comune di Lazise, quale socio di AGS, può conseguire un vantaggio dalla distribuzione degli utili derivanti dalla gestione del servizio;

b) che la proposta di AGS garantisce investimenti e servizi ulteriori rispetto alla precedente concessione;

c) che AGS *“risulta essere in possesso di una serie di caratteristiche che garantiscono la corretta e conveniente esecuzione del servizio”*.

1.5. La Giunta comunale con deliberazione del 30 marzo 2023 n. 82 disponeva quindi la consegna in via d’urgenza dell’esecuzione del servizio ad AGS.

2. Con ricorso notificato in data 12 maggio 2023 e depositato in data 18 maggio 2023, Tirrenica ha impugnato gli atti della procedura sulla base dei seguenti motivi.

I - Violazione e falsa applicazione dell’art. 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell’art. 14 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e dell’art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere sotto il profilo dell’errore sui presupposti, del difetto di istruttoria, dell’illogicità manifesta e della motivazione insufficiente ed apodittica.

La soluzione scelta dal Comune – l’affidamento del servizio *in house providing* ad AGS – non apporterebbe né un beneficio alla collettività né sarebbe più conveniente da un punto di vista economico rispetto al ricorso al mercato.

Sotto il primo profilo, gli argomenti riportati a pag. 13 della relazione consisterebbero *“in formule stereotipate ed affermazioni meramente apodittiche e tautologiche”* e comunque risulterebbero *“errate e fuorvianti”*. Da un lato, non verrebbero esplicitate le modalità attraverso le quali verrebbero realizzati i risultati ivi indicati. Dall’altro lato, i servizi aggiuntivi evidenziati nella relazione non rappresenterebbero una effettiva novità, essendo già previsti nella precedente concessione.

In particolare:

- il servizio di rilascio della *“permessistica”* sarebbe stato previsto anche nella precedente concessione;

- l’estensione del servizio a pagamento per tutto l’anno, anziché limitatamente al solo periodo estivo, sarebbe stato previsto anche dalla precedente

concessione, salvo poi essere stato soppresso dal Comune a seguito delle proteste dei commercianti;

- anche gli “ausiliari del traffico” sarebbero stati previsti nella precedente concessione, salvo essere stati successivamente eliminati su richiesta del Comune.

L'affidamento *in house* ad AGS non contemplerebbe quindi alcun elemento di effettiva novità rispetto alla precedente concessione.

In ogni caso tali servizi aggiuntivi avrebbero potuto essere richiesti dall'Amministrazione anche nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

Sotto il secondo profilo – la convenienza economica – della proposta di AGS, le considerazioni svolte dal Comune sarebbero errate e contraddittorie.

La percentuale sugli incassi dei parcheggi trattenuta da AGS (32,50%) sarebbe infatti superiore a quella riconosciuta a Tirrenica (27,33%) in base alla precedente concessione.

Sarebbe invece del tutto errato il ragionamento del Comandante della polizia municipale secondo cui l'importo medio annuo versato a Tirrenica (Euro 460.194,75), sommato al costo del personale dedicato alla gestione amministrativa per il funzionamento delle aree di sosta (Euro 85.800,00), sarebbe sostanzialmente analogo a quello che il Comune dovrebbe versare ad AGS e la proposta della controinteressata sarebbe quindi più conveniente in ragione dei servizi aggiuntivi offerti.

L'unico elemento di novità sarebbe rappresentato dall'impiego di una risorsa di personale in più nel periodo di minor affluenza turistica (gennaio/marzo e novembre/dicembre). In base alla proposta di AGS nel periodo di maggiore affluenza le unità impiegate sarebbero invece quattro, ossia lo stesso numero di addetti impiegati da Tirrenica in virtù del precedente affidamento e per tale prestazione nel mercato il Comune avrebbe potuto pagare un prezzo orario inferiore.

Quanto agli investimenti, la precedente concessione avrebbe previsto a carico di Tirrenica - oltre all'installazione di parcometri nuovi e alla sostituzione integrale dell'impianto in struttura del parcheggio "Marra" - anche la realizzazione *ex novo* del parcheggio in struttura "San Martino", e non mere prestazioni di progettazione di limitato valore economico, come previsto dalla proposta di AGS.

In ogni caso i dati sulla base dei quali il Comune avrebbe compiuto la sua valutazione sarebbero evanescenti e di carattere eventuale o meramente organizzativo.

II - Violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 14 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere sotto il profilo dell'errore sui presupposti, del difetto di istruttoria e dell'illogicità manifesta.

Il Comune non avrebbe la possibilità di esercitare un effettivo "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, nei confronti di AGS, società partecipata da venti comuni tra cui il Comune di Lazise per il 5%.

In base a tale disposizione, il controllo analogo congiunto presupporrebbe infatti l'operatività di strumenti di controllo più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile e che dovrebbero sostanzarsi con la previsione di organi assembleari speciali, con l'attribuzione agli enti pubblici soci di particolari diritti o con la conclusione di patti parasociali, aventi anche durata superiore ai cinque anni.

Inoltre la "sussistenza del controllo analogo andrebbe verificata non rispetto a tutte le Amministrazioni socie, ma in rapporto alla singola Amministrazione che affida il servizio alla società partecipata, avuto riguardo all'entità della sua partecipazione, alla composizione della compagine sociale in quel momento, all'esistenza di patti parasociali".

Nel caso di specie, sebbene l'art. 12 *bis* dello statuto di AGS preveda che determinati "argomenti" siano sottoposti all'indirizzo dei soci, nell'ambito di

tale società non sarebbero previsti ulteriori strumenti di controllo, in particolare non sarebbero previsti:

- organi speciali che possano assumere determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi;
- patti parasociali atti a garantire al singolo socio un ruolo determinante in relazione alle decisioni di gestione riguardanti il proprio territorio;
- un potere sanzionatorio dell'Assemblea nei confronti degli amministratori che disattendano i suoi indirizzi;
- un potere di veto o di recesso dell'Ente affidante rispetto alle decisioni che attengano al servizio affidato e reso nel proprio territorio.

Inoltre gli amministratori sarebbero nominati attraverso un sistema che non garantirebbe l'effettiva rappresentatività delle minoranze e quindi dei singoli comuni affidatari.

Il fatto che nell'ambito di AGS non sarebbero previsti strumenti idonei a garantire l'effettivo controllo analogo da parte dei comuni partecipanti troverebbe conferma nel fatto che il Comune di Lazise ha ritenuto di istituire un apposito ufficio per l'esercizio del controllo analogo da individuare in una figura apicale della sua stessa dotazione organica.

III - Violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 83 e 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 14 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere sotto il profilo dell'errore sui presupposti, del difetto di istruttoria e dell'illogicità manifesta.

Sotto un primo profilo, l'accettazione dell'offerta di AGS da parte del Comune sarebbe inammissibile in quanto condizionata alla modifica della clausola concernere le modalità di pagamento a fine anno anziché mensilmente.

In base alla precedente concessione invece Tirrenica era tenuta a versare gli incassi all'Amministrazione comunale su base mensile, ricevendo il proprio corrispettivo solo a fronte della presentazione della relativa fattura.

Sotto un secondo profilo l'offerta stessa di AGS sarebbe indeterminata in relazione agli elementi "innovativi" che hanno portato l'Amministrazione a ritenere più conveniente l'offerta della controinteressata e in particolare in ordine: al numero e alla tipologia dei parcometri che verranno installati; al numero e alla tipologia delle "altre" attrezzature messe a disposizione degli ausiliari; alla tipologia di attrezzature interessanti il parcheggio "Marra"; al cronoprogramma degli interventi; alle modalità di "monitoraggio" dei posti auto a fini statistici e di rendicontazione; alle "eventuali" implementazioni di nuove tipologie di permessi; all'indicazione in ordine all'oggetto della progettazione degli interventi da realizzare nell'area della c.d. "ex bocciofila"; all'indicazione del luogo, oggetto di progettazione, relativo alle 4 postazioni di ricarica per veicoli elettrici, così come l'area atta ad ospitare il c.d. "bike box"; al numero degli ausiliari del traffico impiegati nel servizio che sarebbero diversi nelle "due" proposte allegate alla delibera; alle modalità di prelievo degli incassi.

Infine sotto un ulteriore profilo AGS non avrebbe un'esperienza specifica in tale settore e non potrebbe nemmeno esercitare l'attività di gestione della sosta, non essendo iscritta in CC.I.AA. per l'esercizio di tale attività e non avendo tale attività nell'oggetto sociale.

La controinteressata sarebbe quindi inidonea, sotto il profilo tecnico e professionale, a svolgere il servizio affidatole dal Comune di Lazise.

IV - Illegittimità della Deliberazione di Giunta Comunale n. 82 del 30.03.2023, sotto il profilo dell'illegittimità derivata.

La delibera di Giunta Comunale n. 82 del 30 del marzo 2023 sarebbe illegittima in via derivata in ragione della illegittimità della presupposta delibera del Consiglio Comunale che ha disposto l'affidamento della concessione *in house* ad AGS.

3. Con ordinanza n. 303 del 19 giugno 2023, questa Sezione ha dato atto della rinuncia alla domanda cautelare da parte della ricorrente e ha fissato per la

discussione del merito del ricorso, congiuntamente al connesso ricorso n. 546 del 2023, l'udienza pubblica del 4 ottobre 2023.

4. Si sono costituiti in giudizio il Comune e AGS i quali hanno contestato nel merito le censure proposte, evidenziando in particolare, in relazione ai motivi concernenti la convenienza dell'affidamento diretto *in house*:

- che AGS ha proposto l'esecuzione di attività aggiuntive;
- che la proposta di AGS consentirebbe un risparmio di costi di circa Euro 10.000;
- che l'affidamento del servizio ad AGS consentirebbe anche, come beneficio per la collettività, di realizzare *“una gestione unitaria della sosta dei principali centri del Lago di Garda (Lazise, Garda, Torri del Benaco), consentendo di uniformare costi e procedure di permessi sia per i residenti sia per i turisti, sfruttando il know how acquisito da AGS nella gestione del servizio nei Comuni limitrofi”*.

In relazione alle censure concernenti il presupposto del controllo analogo, le parti resistenti hanno invece evidenziato:

- che l'art. 12 *bis* dello statuto di AGS assicurerebbe al Comune un controllo analogo su tale società assegnando all'assemblea dei soci una posizione di preminenza rispetto al Consiglio di Amministrazione. L'Assemblea dei soci infatti avrebbe significati poteri di controllo e di indirizzo nei principali ambiti strategici dell'attività societaria;
- che ANAC, nella determina di iscrizione nel relativo elenco, avrebbe riconosciuto sussistente il contestato controllo analogo, *“stante l'indicazione delle modalità di esercizio dei poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario...”*;

Anche parte ricorrente ha depositato memorie e repliche in cui ha sviluppato le proprie difese.

5. All'udienza pubblica del 4 ottobre 2023, dopo approfondita discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va esaminato in via preliminare il secondo motivo di ricorso con cui parte ricorrente sostiene che il Comune non potrebbe esercitare un effettivo e sostanziale “*controllo analogo congiunto*” nei confronti di AGS, stante il carattere logicamente preliminare di tale censura, che escluderebbe *in radice* la possibilità dell’affidamento diretto.

Il motivo è fondato.

1.1. Il controllo analogo consiste in una “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*” (art. 2, comma 1, lett. c), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

L’affidamento diretto ad una società *in house* è consentito, in particolare, a condizione che la società non sia terza rispetto all’ente affidante ma una sua articolazione. Tra socio pubblico controllante e società v’è, infatti, una relazione interorganica e non intersoggettiva. È necessario che tale relazione intercorra tra soci affidanti e società, non anche tra la società e altri suoi soci (non affidanti o non ancora affidanti), rispetto ai quali la società sarebbe effettivamente terza (Corte giust. UE, 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19).

La Corte di Giustizia (sin dalla sentenza 18 novembre 1999, in C-107/98, Teckal) ammette che, in caso di società partecipata da più enti pubblici, il controllo analogo possa essere esercitato in forma congiunta (Corte giust. UE, 13 novembre 2008, in C-324/07 Coditel Brabant SA), affermando che a tal fine sono inadeguati i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune ed è invece necessario dotare i soci di strumenti ulteriori che ne consentano l’interferenza in maniera penetrante nella gestione della società (Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093).

Dopo una evoluzione giurisprudenziale sia di diritto interno che di diritto comunitario, il legislatore nazionale ha compiutamente disciplinato l’istituto dell’affidamento diretto ad una società *in house* ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: *“Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.*

Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci (...). 3-bis. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.)

Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto”.

Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: *“Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o*

da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati (le quali non comportano controllo o potere di veto) previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che *“La società in house non può qualificarsi come un'entità posta al di fuori dell'Ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna: essa, infatti, rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle relative condizioni legittimanti esclude che l' in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo; talché l'Ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'Amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'Amministrazione stessa e ciò non cambia ove si ritenga che, in linea con la più recente normativa europea e nazionale, il ricorso all'in house providing si atteggi in termini di equiordinazione - e non più di eccezionalità - rispetto alle altre forme di affidamento”* (Cons. Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062; Con. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1).

1.2. E' stato ulteriormente precisato che *“il controllo analogo richiesto per configurare l'in house providing si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia”* e, in tale

prospettiva, è necessario “*verificare in concreto se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo strumento partecipativo, sussista effettivamente un potere di controllo*” (Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456).

In definitiva, l’assenza di comitati esterni, di accordi ovvero di patti parasociali non esclude *ex se* l’assenza del controllo analogo congiunto.

L’analisi per l’accertamento dei requisiti *in house*, in particolare che l’Amministrazione partecipante sia in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale tale da assicurarle la possibilità di *eterodirigerlo*, deve infatti essere svolta in concreto, tenendo conto delle specificità e delle geometrie ormai variabili che assumono i soggetti che si legano alle Amministrazioni sulla base di tale rapporto (Cons. Stato, Commissione speciale, parere 1 febbraio 2017, n. 282).

1.3. Tali acquisizioni giurisprudenziali devono ritenersi riferite anche alle ipotesi di c.d. “*controllo analogo congiunto*”, espressamente disciplinato dall’art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, per quanto qui di interesse, stabilisce che: “*Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica ...*”.

Il primo dei requisiti necessari alla sussistenza di un’ipotesi di controllo congiunto è, dunque, rappresentato dal fatto che “*gli organi decisionali della persona giuridica controllata [siano] composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici*”, con la precisazione secondo cui “*singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici*”.

Il secondo requisito è costituito dal fatto che le Amministrazioni socie “[siano] *in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi*

strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica”.

1.4. Alla luce di tale complessivo assetto normativo-giurisprudenziale, sulla base di una valutazione in concreto dello statuto di AGS e degli altri atti depositati in giudizio, non può ritenersi che il Comune di Lazise possa esercitare un effettivo controllo analogo, anche nelle forme del controllo analogo congiunto, nei confronti della società controinteressata.

Nella fattispecie si tratta infatti di una società di capitali partecipata da venti comuni – non di un consorzio – di cui il Comune affidante possiede una quota pari al solo 5% del capitale, di per sé indubbiamente inidonea a consentirgli di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa in presenza di interessi potenzialmente contrastanti (Cons. Stato, n. 7093 del 2021, cit.).

Invero in base all'art. 12 *bis* dello statuto di AGS, rubricato “Controllo analogo”, *“gli Enti Pubblici soci esercitano sulla società il controllo analogo richiesto dall'ordinamento comunitario in base a quanto previsto all'articolo 17 della direttiva 23/2014/UE e dalla normativa nazionale e loro eventuali modifiche e integrazioni. Nell'ottica di assicurare l'effettiva sussistenza del cd. controllo analogo sulle attività svolte dalla società, gli enti pubblici soci — e, nel caso di società a totale partecipazione pubblica, gli enti pubblici soci di queste ultime - esercitano — di concerto tra loro e nel rispetto delle forme e delle modalità previste dai rispettivi ordinamenti interni - la direzione politicoamministrativa della Società, definendone gli obiettivi e le strategie gestionali tenuto conto del principio della sana gestione; a tali obiettivi e strategie gestionali saranno uniformati gli obiettivi strategici stabiliti dagli organi della Società, nel rispetto dell'autonomia decisionale di detti organi. Al fine di assicurare ai soci l'esercizio del controllo analogo, gli enti pubblici soci esercitano in concerto tra loro - secondo le modalità stabilite nel presente articolo - il controllo politico-amministrativo, con il compito di verificare il generale andamento della Società e lo stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione. Il controllo riguarda, in particolare, la gestione dei servizi svolti dalla Società, in relazione all'ambito territoriale*

d'azione del contratto di servizio. I soci esercitano il controllo analogo congiunto nell'ambito dell'Assemblea, cui spettano le funzioni di indirizzo strategico e di controllo sulla gestione dei servizi oggetto di affidamento diretto. In particolare per consentire all'Assemblea di esercitare le proprie prerogative di vigilanza sull'attuazione degli indirizzi, obiettivi, piani, priorità della società, l'organo amministrativo sottopone all'indirizzo dei soci i seguenti argomenti: - Il piano industriale; - Il piano pluriennale degli investimenti da sottoporre all'ufficio d'ambito; - Gli altri atti fondamentali della gestione di tipo programmatico quali, in particolare il piano occupazionale, - La relazione sull'andamento economico-patrimoniale aziendale al fine della verifica, su base semestrale e anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, circa lo stato di attuazione degli obiettivi risultanti dagli atti di programmazione approvati dalla Società; - Il bilancio di esercizio; - Programmi di acquisto e alienazione di immobili e di diritti reali su immobili, ovvero implicanti la costituzione di garanzie sugli immobili; - Programmi di partnership con soggetti pubblici e privati; - Le deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria. Al fine di consentire all'Assemblea l'esercizio delle competenze anzidette, l'organo amministrativo consegna bozza degli atti anzidetti agli Enti soci almeno 15 giorni prima dell'Assemblea. Inoltre, ai fini del corretto mantenimento del controllo analogo, i soci danno atto 7 che è vietata la cessione di quote societarie, anche minime, a soggetti privati. Al fine di consentire il controllo analogo da parte degli Enti soci sulle persone giuridiche partecipate dalla Società, l'Assemblea esercita l'indirizzo strategico e il controllo analogo anche sulle persone giuridiche partecipate da AGS S.p.A., mediante l'esercizio delle medesime finzioni previste nel presente articolo nei confronti degli organi delle persone giuridiche partecipate, secondo quanto previsto dai rispettivi statuti?.

Tuttavia tale disposizione, al di là delle affermazioni in ordine alla sussistenza del controllo analogo congiunto, ne assicura l'esercizio attraverso la sola partecipazione dei soci all'assemblea, alla quale sono affidate funzioni di indirizzo strategico e di controllo in particolare in relazione alle determinazioni societarie maggiormente significative.

Lo statuto non ha invece previsto e disciplinato gli altri strumenti – ulteriori rispetto alla disciplina privatistica - volti a garantire l'effettività del controllo

analogo, previsti dall'art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016 e ritenuti rilevanti dalla giurisprudenza amministrativa e dal cd. *Vademecum* di ANAC.

In particolare non risultano esservi disposizioni statutarie che prevedano:

- organi speciali di coordinamento per l'esercizio del controllo analogo;
- *quorum* costitutivi o deliberativi rafforzati. In base all'art. 10 dello statuto, “*l'assemblea, sia ordinaria che straordinaria, si costituisce e delibera validamente con le maggioranze previste dagli articoli 2368 e 2369 del cod. civ.*”;
- particolari diritti dei comuni soci riguardanti l'amministrazione della società ad es. il diritto particolare del Comune affidante di autorizzare o di dettare disposizioni di indirizzo in merito ad atti di gestione del servizio dallo stesso affidato;
- un diritto di veto del Comune affidante in relazione a determinazioni riguardanti la gestione del servizio dallo stesso affidato;
- un potere sanzionatorio dell'assemblea nei confronti degli amministratori che disattendano i suoi indirizzi.

Nemmeno risulta che tali strumenti ulteriori siano previsti da patti parasociali.

In tali condizioni deve escludersi che le Amministrazioni socie e a *fortiori* il Comune di Lazise siano “*in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica*”, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tenuto conto della struttura organizzativa delineata dallo statuto di AGS e del carattere meramente “*comunale*” del servizio oggetto di affidamento, l'attribuzione di particolari poteri di indirizzo e di controllo all'assemblea dei soci non risulta di per sé idoneo a garantire il requisito del controllo analogo.

1.5. Significativo è altresì che non sia stata nemmeno garantita la rappresentanza delle cd. minoranze – e quindi nemmeno quella del Comune affidatario del servizio – nell'organo di amministrazione.

Come rilevato dalla ricorrente infatti ai sensi dell'art. 11 dello statuto, per quanto di interesse: “*Il Consiglio di Amministrazione, salvo diversa unanime deliberazione dell'Assemblea, viene nominato con la seguente procedura. I soci,*

singolarmente o in accordo con altri soci, predispongono liste contenenti i nominativi dei candidati alla carica di consigliere di amministrazione, indicando in tali liste un numero di nominativi pari a quello dei consiglieri da eleggere nel rispetto delle vigenti normative in materia. I candidati devono possedere i requisiti previsti dalla vigente normativa. I voti sono espressi e conteggiati non per i singoli nominativi, ma per le liste. Ogni lista presentata viene messa in votazione, i candidati della lista che ottiene la maggioranza dei voti, risulteranno eletti. A tale modo può non ricorrersi qualora esista unanimità nella designazione degli amministratori?

Non è stato in particolare previsto che parte degli amministratori vengano tratti dalle altre liste, al fine di garantire rappresentatività anche alle liste di minoranza.

Non sussiste pertanto nemmeno la condizione di cui all'art. 5, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tenuto conto della struttura organizzativa delineata dallo statuto di AGS e del carattere meramente "comunale" del servizio oggetto di affidamento, l'attribuzione di particolari poteri di indirizzo e di controllo all'assemblea dei soci non risulta di per sé idoneo a garantire il requisito del controllo analogo.

1.6. In definitiva deve escludersi che sussistano le condizioni per l'affidamento *in house* ad AGS.

E ciò *a fortiori* se si considera che si tratta dell'affidamento di un servizio che riguarda non l'ambito territoriale dei venti Comuni soci – come nel caso del servizio idrico integrato – bensì esclusivamente il territorio del solo Comune di Lazise il quale possedendo di una quota del solo 5% di AGS, in assenza del riconoscimento di diritti particolari, non dispone di alcun effettivo strumento per esercitare poteri di etero direzione sulla società controinteressata, soprattutto in presenza di possibili interessi contrastanti di altre Amministrazioni socie.

1.7. Le disposizioni di cui all'art. 3 e all'art. 15 dello statuto di AGS, richiamate dalle parti resistenti, non risultano rilevanti ai fini dell'integrazione del requisito del controllo analogo.

L'art. 3 dello statuto – rubricato “Oggetto” – si limita infatti a consentire ad AGS la “*gestione di ulteriori servizi pubblici locali, a rilevanza economica o meno, che i Comuni, Provincia, Regione e A.A.TO. intendano affidare alla Società purché, tali attività non rivestano caratteristiche predominanti rispetto alla gestione del servizio idrico integrato*”, senza aggiungere alcunché in relazione al controllo analogo.

Parimente, l'art. 15, con lo stabilire che “*le azioni di un socio sono trasferibili solamente ad altri soci in proporzione alle azioni rispettivamente detenute o ad altri membri dell'A.A.T.O. Veronese*”, garantisce la conservazione dell'equilibrio delle quote societarie, ma non attribuisce ai Comuni soci alcuno strumento di etero direzione della società.

1.8. Non decisiva ai fini della valutazione del requisito del controllo analogo è infine la delibera di ANAC di iscrizione nell'elenco *in house*.

Tale delibera ha valore meramente dichiarativo – non provvedimento e non impedisce al giudice amministrativo di valutare la sussistenza del requisito del controllo analogo in relazione allo specifico affidamento in esame (Cons. Stato, Sez. V, 10 agosto 2022, n. 7087).

2. Le ulteriori censure possono essere assorbite stante il già evidenziato carattere logicamente preliminare dell'accertamento dell'insussistenza del requisito del controllo analogo, che elimina *in radice* la possibilità dell'affidamento diretto.

3. Il ricorso va pertanto accolto in relazione al secondo motivo e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

4. In ragione della peculiarità della fattispecie, della complessità delle questioni poste e della delibera di ANAC di iscrizione nell'elenco *in house*, sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Alberto Ramon, Referendario

L'ESTENSORE

Filippo Dallari

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO